45°

POR DOÑA YSABEL DE SALAZAR,

CON

LOS BIENES DE LOPE ALVAREZ de Leyguardia, en que à sido citado de remate D. Pedro de Leyguardia.



ARA mas facil inteligencia deste pleyto, se supone, que la villa de Moron se obligô a pagar al dicho Lope Alvarez de Leyguardia, un tributo de mil ducados de renta en cada un año, sobre sus propios y rentas, con facultad Real, sometiendose al fuero y jurisdicion desta Ciudad Sobre el qual tributo, Gonçalo Gonçalez de Villa de moros, en nombre de Lope Alvarez de Leyguardia, impuso un tributo de 150. ducados de renta, en favor de don Alonso Ramirez de Montalbo, y de doña Maria de Roxas, sometiẽdo al dicho Lope Alvarez de Leyguardia, y sus bienes, con hipoteca dellos, al fuero y jurisdicion desta Ciudad, con renunciacion de su propio fuero y domicilio, en virtud del poder especial que para ello tuvo; como de todo ello consta dela escritura de fundacion del dicho tributo, enla qual se obliga el dicho Lope Alvarez, de no disponer del dicho tributo de Moron, sin requerir primero a los dichos don Alonso Ramirez de Montalbo, y su muger, para que si lo quisiessen tomar por el tanto, lo pudiessen hazer: y que no lo queriendo, le venderia a persona lega, llana, y abonada, y contiosa, y cō el cargo deste dicho tributo. Y lo que en otra manera se hiziere, fuesse en si ninguno, y no valiesse; y por el mismo caso, la dicha partida de tributo de Moron, cayesse en conmisso. Y demas de la hipoteca irregular causada de la dicha imposicion, hipotecó el dicho tributo de Moron, especialmente con clausula de no enagenar, en la forma siguiente.

CLAVSVLA DE HIPOTECA.

OBligo, e hipoteco el dicho tributo sobre que hago esta cituasion, y su principal, con prohibicion de venta y enagenacion, y las demas clausulas del derecho, sin que la obligacion, e hipoteca especial derogue la generrl, ni por el contrario.

Aviendo sucedido en este tributo doña Ysabel de Salazar, por venta que se le hizo, despues de aver litigado un largo pleito con el dicho don Pedro de Leyguardia, q̃ pretendia no aver se podido fincar el dicho tributo sobre el de Moron, y declarandose por executoria desta Real Audiencia, por bin fincado, execútò por ciertos corridos los bienes del dicho Lope Alvarez de Leyguardia, y en particular en el dicho tributo de Moron y sus reditos, finca de su tributo, ante un Alcalde, en virtud de la sumissìon al fuero y jurisdicion desta Ciudad, y respeto de que el dicho don Pedro de Leyguardia declarô ser posseedor del dicho tributo de Moron, le hizo citar de remate. El qual se agraviò de la dicha citacion, diziendo no passava contra el la via executiva, por ser tercero; y sin embargo de sus agravios, se confirmò en vista la dicha citacion.

Y agora en grado de revista, pretende que todos los autos son ningunos, por defecto de jurisdicion, por no ser vezino de esta Ciudad, y aver de ser convenido en su domicilio. Y que quando esto cessara, la via executiva no passava contra el, por ser tercero posseedor, y no aver clausula de no enagenar en la escritura del dicho tributo en buena forma.

Doña Ysabel de Salazar pretende se cõfirme el auto del Alcalde en revista, por estar la finca de su tributo, y los bienes del dicho Lope Alvarez, sujetos a la jurisdiciõ desta Ciudad, por particular sumision, con hipoteca especial del tributo de Moron, y general de todos sus bienes, y aver citado al dicho dõ Pedro de Leyguardia, solo para sustanciar la via executiva: mediante lo qual no puede declinar jurisdicion; y quando lo pudiera hazer, porq̃ declina fuera de tiẽpo, despues de aver prorogado la del Alcalde, y porque la via executiva en este caso passa contra tercero posseedor; loqual se procurara fundar brevemente en dos articulos.

DOMINVS ILLVMINATIONE MEA.

Articulo primero.

LA declinatoria interpuesta por parte de dõ Pedre de Leyguardia, en que funda la nulidad de los autos, carece de

funda-

fundamentos por dos medios.

El primero, porque aviendo ſido citado de remate, no dixo, ni alegò incompetencia de juriſdicion, ni declinò la del Alcalde, antes bien la conſintio, pues ſolo apelò, y dixo de agravios, preté diendo ſe avia de revocar el mandamiento de execucion, por no paſſar la via executiva contra tercero poſſeedor, conque quando no fuera como es juez competente deſta cauſa (como adelante ſe probarà ſerlo) avia prorrogado ſu juriſdiciõ, l. ſed, & ſi ſucepit ff. de iudicijs, & communiter DD in l. quidam conſulebat, ff. de re iud. Maranta de ordin. iud. part. 6. membro 9. n. 1. l. 1 tit. 5. lib. 4 recop. & ibi Regnicolæ, Paz in praxi primę partis, tomi prim. 5. temp. n. 22.

Contra loqual no tiene fundamento la diſtinciõ que el Abogado de la otra parte hizo en los Eſtrados a la viſta deſte pleyto, videlicet, q̃ de lo dicho procede, quando la declinatoria ſe funda en privilegio, porque qualquiera puede renunciarle; no aſsi, ſi ſe funda en derecho comun, porque en tal caſo puede alegarſe en todo tiempo, etiam poſt litis conteſtationem: lo qual quiſo probar de la prematica del año de 1565. en que ſe manda que no ſe admita nullidad contra las ſentencias de viſta, y reviſta, quæ eſt l. 4. tit. 17. lib. 4 recop. porque dixo, que en ella ſe permitia alegarſe, ſiendo por defecto de juriſdicion, lo qual no ſe podia verificar, ſino el caſo de ſu diſtincion.

Porque la referida diſtincion no tiene fundamento alguno, porque aſsi como el privilegio, ſe puede renunciar el propio fuero, litigando ante juez incompetente, uſando de otras defenſas, y no declinando ſu juriſdicion, l. quamvis 51. ff. de iudicis, ibi: *Quamuis hereditas ad eum fuerit deuoluta qui domicilium in prouincia habet, ſed & diui Seuerus, & Antonius ſcripſerunt, ſi conſenſerit fidei commiſſarius alio loco dari neceſſe habere ſecundum conſenſum dare ubi conſenſit*, l. & ſi ſuſcepit, 52. eo tit. ibi: *Sed & ſi ſuſcepit actionem fideicommiſsi, & alijs defenſionibus uſus hanc* (ut notat gloſa, *exceptionem quod non debuit, ibi conueniri*) *omiſsit poſtea, quamuis ante ſententiam reuerti ad hanc defenſionem non poteſt, quia eſt dilatoria, unde in principio debet opponi*, ut notat gloſa ibi. Las quales leyes expreſſamente excluyen la diferencia de contrario alegada, y prueban nueſtra concluſiõ enel caſo que la declinatoria ſe podia fundar, en tener el reo convenido domicilio en otra parte, como ſe vera en el caſo que la gloſa les pone: y la prematica del año de 65. eſtá tan lejos de motivar la dicha diferencia, que antes expreſſamente la excluye, ibi:

Ni oponer de nullidad, aunque se diga y alegue ser de incompetencia, o defecto de jurisdicion, o que de ella notoriamente conste del processo y autos del, o en otra qualquiera manera; adonde se note, que no solo se prohibe la nullidad de incompetencia, sino la de defecto de jurisdicion, para que se vea quan sin fundamento se motivò de la dicha premattica, la dicha diferencia.

El segundo medio, porque aviendose sometido a la jurisdicion desta Ciudad, el dicho Lope Alvarez de Leyguardia con su persona y bienes, renunciando su propio fuero, con hipoteca general de todos ellos, y en especial del tributo de Moron, finca del de mi parte, qualquiera tercero posseedor del dicho tributo deve ser convenido en este fuero y jurisdicion adonde le sometio el dicho Lope Alvarez de Leyguardia, dueño del; porque con la dicha hipoteca quedò la dicha sumision del dicho tributo, Reale infecto, ut cum hac qualitate transiret, ad quemcumque possessorem, l. traditio, ff. de acquirend. rerum domin. ita in nostris terminis Mastril in additione ad Petr. Greg. de censib. quæst. 7. n. 41 Cancer. variar. resolut. tom. 2. cap. 2. de iurisdict. omnium iud. & foro competenti, num. 189. ibi: *De quadam quæstione de qua sepe controuerti vidi, quæro, 15. Petrus vendendit, quamdam pensionem annuam, Ioanni, quam ei promisit certo termino singulis annis soluere, obligans pro ea omnia bona sua generaliter, & specialiter, quamdam partem terræ, renuntiando foro proprio, & se suaque bona cuicumque iudici, tam Ecclesiastico, quam seculari submittendo, uti firmæ, in omni publico instrumento fieri solet. Deinde Petrus vendidit illam rem spetialiter obligatam, cuidam tertio, an ille tertius uti possidens, rem illam spetialiter obligatam, poterit conueniri coram iudice quem elliget Ioannes, quemadmodum potest dictus Petrus, ex facto Consultus, respondi affirmatiue.* Y prosigue por tres numeros, probando su resolucion con varios medios, y autoridades y decisiones, que se omiten por no hazer prolixo este papel, que se podran ver en el autor referido. Y de la mesma resolucion es Fontanela de pact. nuptial. claus. 3. glos. 3. num. 54. tom. 1. ibi: *Et tali casu possent per curiam electam expediri literæ citatoriæ, vel præcepti de soluendo subsidiariæ vigore renuntiationis proprij fori, & submissionis cuiuslibet, alterius quæ in hæredem transeunt, & quemlibet tertium possessorem, quia possident rem quam debitor submisit sicuti potuit cuicumque curiæ bene, id tradit Cancer. qui licet loquatur in casu spetialis hypotecæ idem tamen est ut generali ex eisdem rationibus, quas ipse adducit.* Con lo qual con evidencia parece queda excluyda la excepcion de nullidad de contrario alegada, por defecto de jurisdicion, y probado que el

dicho

dicho don Pedro de Leyguarda, no solo deve ser convenido como posseedor del dicho tributo de Moron, a la paga de sus corridos, sino a que le reconozca, como lo resuelve el señor Presidente Covar.lib.3.var.cap.7.num.ibi: *Ideo quilibet singularis sucessor, qui fundum possideat cogendus erit, hunc redditum soluere, ac de nuo præmissa obligatione emptorem ipsum recognoscere, ut dominum illius iuris percipiendi annum redditum ex ea re, sicuti in spetie adnotarunt. &c.* Felic.lib.3.cap.6.de cens.tom.1.Zevall.quæst.784. num.6. en que se haze este reparo, porque tambien à movido articulo la dicha doña Ysabel en este pleyto, para que el dicho don Pedro de Leyguarda le reconozca, para que quede probada y entendida la justificacion conque lo haze.

ARTICVLO SEGVNDO.

EN este articulo pretendemos probar, que la via executiva, y citacion de remate, està sustanciada legitimamente, y ser justo el auto del Alcalde, y el de vista que le confirmó, y deverse confirmar en revista, por dos medios.

El primero, porque siendo como el tributo de Moron es finca del de doña Ysabel de Salazar, no se deve regular por las otras hipotecas, como lo nota el señor Presidente Covar.lib.3.var.cap.7. num.6.ibi: *Hæc vero hyppoteca quam huic obligationi personali desoluendo annuo redditu appositam esse censemus, non omnino sequitur leges aliorum pignorum, & hyppotecarum,* que dà la razon. *Quia hæc redditus constitutio super aliquo prædio hyppotecam inducit fortiorem quidem omnibus alijs quo ad hunc effectuum, absque præiuditio priorum creditorum, cum videatur ius quodam super ipso fundo constitui, tamquam onus ipsius fundi, quod transeat in quemcumque eius posessorem, & ideo quilibet etiam singularis successor qui fundum possideat cogendus erit hunc redditum soluere &c.* Adonde se note el verbo cogendus, de que usa el dicho señor Presidente, para que se entienda que á de ser por execucion, porque si fuera por via ordinaria, usara del verbo *conueniendus*; y en este sentido le entendieron Grat.discep.forens.cap.955.num.38. ibi: *Quod dominus census habet ius in re quod cum ipsa re transijt ad quem cumque successorem, & posessorem rei censuatæ, ita ut non solum possit agere contra eum hyppotecaria sed etiam personali in rem scripta.* Cov. lib. 3. var. &c. Mantica decis.7.num.1.ibi: *Fuit quæsitum an sit relaxandum mandatum, & Dominis placuit relaxandum fore, quia sententiæ iam fuerunt latæ contra debitorem, & ideo executio potest etiam fieri contra singularem successorem habentem causam aceo, quod domini multo magis recipiendam*

esse

esse censuerunt quia non fuit actum actione mere personali set potius reali, vel personali in rem scripta, quæ competit pro censibus super vinea impositis & non solutis. El qual aunque habla de execucion de sentencia, se deve entenderlo mesmo de instrumento publico guarentigio, ut notat Salgado de reg.protect.4.part.cap.1.num.12. & cap. 8.n. 162. Peregrino decis. 49. num. 4. La qual puede ser executiva, por intentarse en virtud de un instrumento guarentigio. Vt notat Zevall. quæst.126. num.22. en el tomo de las fuerças. Y que puedan los reditos pedirse por via executiva, y executarse ante el juez seglar, aunque el posseedor sea Clerigo, lo resuelve Grat. discep.cap.141.a num.3. Y en nuestro caso licet non his fundamentis, tenet Ioan.Gut.in repetit.l.nemo potest, ff. de leg.1. num.31. & 39. §.4. limitat.4. & ibi: *Quarta limitatio est in contractu, censuali, quia pro censibus, potest fieri executio absque discusione bonorum principalis debitoris in fundo, vel fundis, super quibus census constitutus est, etiam si sint penes tertium, vel tertios possessores, nec potest per ipsos impediri executio quocumque obiectu; ut in terminus probat Petr.Foller. in praxi censuali in tit.tanquam res iudicata, num.12. & 23.* Y que asi se practique, lo afirma Felic.lib.3.de cens.tom.2.cap.4.num.5.§.quare, ibi: *Quare defendi potest iure optimo, æstilus qui viget in Mantua Carpentana vulgo, Madrid quæ mihi est patria carissima, & in ciuitate de Guadalaxara, oppido de Tordelaguna, & plerisque locis huius regni, quod instrumentum censuale mandetur executioni aduersus tertium possessorem, rei suppositæ census præstationi.* El qual estilo tambien ay en esta Ciudad, adonde se despacha mandamiento de execucion, en virtud de la escritura de censo, contra los bienes del obligado, y se pide declare el tercero si es posseedor, y siendolo, se cita de remate, y prosigue con el la via executiva, hasta sentenciar la causa de remate. Y puedo afirmar, que siendo juez el señor Diego de Arce y Reynoso, se confirmò por executoria un mandamiento de execucion, despachado en favor del Licenciado Francisco de Luque, presbytero, que executò por la renta de su Capellania, sobre cierta casa adonde un testador la impuso por clausula de su testamento, y citô de remate a un tercero que la posseia; y sin embargo de que alegò lo mesmo que el dicho don Pedro de Leyguarda, diziendo ser tercero, contra quien no passava la via executiva, y con mas fundamento, porque solo se executava en virtud de la dicha clausula de testamento, me patrocinante, se confirmò el dicho mandamiento de execucion por executoria.

El segundo medio conque se prueba nuestra conclusion, es,

con que quando todo lo dicho cessara, se halla en la escritura repetida, la clausula de no enagenar, una vez con calidad de commisso, y otra absolutamente, con las demas clausulas del derecho, e hipoteca especial del tributo de Moron; mediante lo qual, la enagenacion, y venta en contrario hecha, es ninguna, l. si creditor 7. §. queritur, ff. de distractione pignor. ibi: *Quæritur si pactum sit a creditore ne liceat debitori hipotecam vendere, vel pignus quod iuris sit & an pactio nulla sit talis quasi contra ius, sit posita omninoq; venire possit, & certum est nullam esse vendionem ut pactioni stetur*, quidquid dicat Antonio Fabro de errorib. pracmat decade 87. errore 10. por ser contra el comun sentir de todos los Doctores, enmendando la letra del texto, y estar como està canonizado por la ley fin. tit. 5. part. 5. y assi passa el derecho de executar contra tercero, quia aduc reputatur res in dominio debitoris. Rodrigo Suarez in l. post rem iudicatam in declaratione, l. regni limit. 1. ibi: *Predictam conclusionem scilicet quod ius exequendi ex contractu executorio non competat contra tertium possessorem limita nisi instrumento debiti in quo debitor obligauit bona sua, vel hipotecauit aliquam rem promisisset debitor dictam rem non vendere, nec alienare quia tunc venditio in contrarium facta non valet*. Adonde en el dicho §. si creditor, se halla transladada nuestra clausula absolutamente, sin que sea necessario passar a otra cosa, ni calidad, con el qual convienen infinitos Doctores, que refieren y siguen Gutierrez in repetit. l. nemo potest, ff. de leg. 1. a num. 38. Parlad. rerum quotid. lib. 2. cap. fin. 4. part. §. 5. n. 16. Zevallos lib. 1. pract. quæst. 36. num. 14. & quæst. 16 delas fuerças, num. 33. Surdo con. 405. num. 8. Gratian. dicep. for. 1. part. 16. & novissime Salgado de reg. protect. 4. part. cap. 14. num. 63. Y no fue necessario añadir en la dicha clausula de non alienando, hasta que este tributo se redimiesse, porque como se á dicho, basta que sea absoluta, y porque en ella tacite in est, mientras no se redimiere el tributo en cuyo resguardo se pone, porque redimido, todo queda dissuelto, la obligacion, clausula, e hipoteca, en el qual caso no podia ponerse, ni durar, porque seria sin causa. Y la de mala data que considera Rodriguez de reditibus, lib. 2. quæst. 9. num. 59. es de diferente forma, porque en ella no se quita la facultad de enagenar, antes se concede con el cargo del tributo. Con lo qual parece queda probada nuestra conclusion, y justicia desta parte, para que se confirme el mandamienio de execucion, sin dar lugar a los argumentos que en contrario se hazen, porque no tienen fundamento, y porque nimium subtilisa-

rē

re est permisiosse errare in practica in qua non debet iudex sequi rigurosas subtilitatesque turbant intellectum iudicantium, sed veritatem, & equitatem, l. placuit 8. C. de iudicijs, ibi: *Placuit in omnibus rebus præcipuam esse iustitiæ equitatisq; scriptæ quam stricti iuris rationem*, ut notat Deciano responso 52. vol. 2. num. 6. y mas atenta la ley fin. tit. 17. lib. 4. recop. Y en tribunal superior que juzga, como el Principe soberano, vel tanquam Deus; Acevedo in Rub. de los emplaçamientos, tit. 3. lib. 4. recop. recop. num. 10. conociendo, como se conoce, que la otra parte no tiene defensa alguna para dexar de pagar este tributo, y que su animo es de molestar, como à molestado a la dicha doña Ysabel de Salazar, con tan largo pleyto como á seguido en esta Real Audiencia, sobre que se declarasse, como se declaró, por bien fincado este tributo.

Doct. Bernal Carrillo.